图书情报工作
第65卷 第18期 2021年9月

司法实践中数字资源许可协议条款风险分析与修改建议*

■ 谷文浩 李红钢 张立彬
南开大学图书馆 天津 300350

摘 要：[目的/意义]数字资源逐渐成为高校图书馆文献资源建设的主导，从司法实践角度甄别数字资源许可协议中的高风险条款并提出修改建议对数字资源引进与使用至关重要。[方法/过程]采用案例分析法，在中国裁判文书网、无诉网检索和整理典型案例判决书，检视图书馆远程访问无域名跳转、设置定向链接、不符合合理使用、通过镜像技术将电子数据库拷贝至本地服务器等潜在的侵权行为，进而识别与上述侵权行为相关的许可协议高风险条款。[结果/结论]针对司法实践视域下高风险协议条款提出修改建议：远程访问应扩大授权用户，减少深度链接；文献传递应争取电子纸质同传，遵守限制条件；长期保存应明确保存方式，争取深度利用。
关键词：数字资源 引进合同 侵权行为 许可协议 高风险条款
分类号：G251.3
DOI：10.13266/j.issn.0252-3116.2021.18.002

1 引言

数字资源是指一切以数字形式生产和发行，通过计算机（无论是个人电脑、手持移动设备，还是工作站等）访问的信息资源，具有无形性、易传播性等特点。随着网络技术和出版数字化的不断发展，数字资源逐渐成为高校图书馆文献资源建设的核心内容。在数字资源引进过程中，数据供应商需要与图书馆（数据采购方）签订许可协议，授权图书馆等机构及其用户在许可范围内使用数字资源。许可协议是数字环境下数据供应商与图书馆之间具有法律约束力的合同文本，协议条款（或合同条款）界定许可使用内容、限制使用内容、双方责任等，是双方在数字资源许可使用过程中的根本遵循和发生纠纷时的重要法律依据。

在数字资源引进实务中，许可协议文本通常由数据供应商聘请专业律师或法务人员事先拟定，作为起草方，数据供应商出于保护自身利益可能在协议中添加利己条款；协议条文表述具有较强的专业性和技术性，而图书馆相关工作人员对相关法律规范并不熟悉，不易察觉协议条款中隐藏的风险条款和法律陷阱；许可协议对图书馆和用户的授权使用要求十分严苛，从访问权限、使用限制到被许可方的责任义务，无疑都增加了图书馆在实际使用引进资源时的法律风险。在数字资源工作实务中，图书馆不仅要应对数字资源引进与管理中的问题，还要协调解决用户在使用数据库中发生的盗用、滥用数据库等违规行为，甚至因用户的违规行为承担法律责任。目前，关于数字资源许可协议的研究，学者从许可协议模型、许可协议条款分析、许可使用的法律风险与规避等不同方面进行了探析，推动了许可协议的理论研究和数字资源引进与使用实务工作，但笔者发现当前对许可协议内容的研究缺乏法律视角。许可协议包含很多内容，每项条款都具有重要意义。从图书馆使用数字资源、提供服务的工作实务看，图书馆侵权行为通常涉及哪些方面的条款，以及对在司法实践中涉及到的高风险条款进行修改与完善，既有利于解决数字资源引进与利用中的现实痛点，又有利于提升图书馆采购谈判时的博弈能力。鉴于此，结合图书馆数字资源引进与使用实务中的侵权纠纷典型案例，从司法实践角度甄别、修改许可协议高风险条款，以平衡图书馆与数据供应商之间的利益冲突，对图书馆引进与利用数字资源工作具有现实指导意义。

* 本文系2016年度国家社会科学基金重点项目“网络时代开放教育资源引进与利用中的知识产权问题研究”（项目编号：16ATQ002）和中央高校基本科研业务费专项资金项目“数字资源新近引进合同的条款分析与风险规避策略研究”（项目编号：63212102）研究成果之一。
作者简介：谷文浩（ORCID：0000-0002-1944-7510），馆员，博士；李红钢（ORCID：0000-0002-2491-1138），副研究员；张立彬（ORCID：0000-0002-2387-1373），研究馆员，通讯作者，E-mail：zhanglibin@nankai.edu.cn。
收稿日期：2021-04-07 修回日期：2021-06-07 本文起止页码：15-23 本文责任编辑：杜杏叶

2 现有研究分析

2.1 国外研究现状

2.1.1 许可协议模板发展研究

国外图书馆或相关组织机构数字资源许可协议的研究已有30年之久,其理论研究、实践操作等较为成熟,具有较高的参考价值。20世纪90年代中期,国外图书馆陆续启动电子资源许可使用研究项目[1-2],对电子资源订购、检索、传递及保存等问题作了详细规定,推出了由图书馆自己设计的许可协议模型。国外图书馆协会或联盟也推出电子资源许可使用指南和原则,对许可使用的一般原则加以规范。在此基础上,各机构相继发展和推出了格式更加标准、术语更加清晰、条款更加完备的许可协议模板,如PA/JISC许可协议模板[3]、NESLi2许可协议模板[4]、美国耶鲁大学Liblicense标准许可协议[5]、加州数字图书馆(the California Models)标准许可协议[6]等。近年来,国外图书馆对数字资源许可协议模板或指导原则陆续又进行了新一轮修订,进一步扩大数字资源许可使用权利范围,扩展细化数据库商义务,并要求数据库商遵循NISO数字资源标准等[7]。2020年,M. Rodriguez对比分析了9个许可协议模型本文的可访问性内容,创建了可访问性条款的最佳表述,为图书馆与数据商谈判提供了指导[8]。

2.1.2 许可协议授权使用研究

相关学者对许可协议授权使用的研究主要分布在永久访问、长期保存、文献共享等三个方面。在永久访问方面,M. Zhang等研究了图书馆与数据库商对永久访问权的态度,提出在订阅期满后应提供永久访问权并指定实现方式与途径[9]。C. Bulock提出图书馆员必须不断跟踪永久访问权限并随之调整相应的馆藏信息,并建立了一套实现这一目标的方法和系统[10]。在长期保存方面,各国主流做法是以研究项目的形式开展数字资源保存实践探索,如美国已成熟发展OAIS、LOCKSS、DPR等许多长期保存研究项目[11]。英国、德国、澳大利亚等也分别制定发布了数字资源长期保存战略和实施原则策略[12],这些研究拓展了数字资源类型、提升了数字资源长期保存关键技术。为更大范围推动数字资源长期保存与获取,机构之间逐渐组成数字保存或管理联盟。在文献共享方面,S. Mangiaracina等介绍了意大利电子定期许可证档案(Archivio Licenze Periodici Elettronici, ALPE)项目在许可协议对电子资源外借服务限制方面的优化与改进[13]。J. Murphy探讨了在许可协议、数字权利管理等制约下不同图书馆创新解决电子图书馆际共享的方式[14]。M. Kluzek以伦敦国王学院为例介绍电子期刊和电子书的文档传递,探讨了英国文献提供服务如何利用电子持有抵消请求成本[15]。A. Mower介绍了犹他大学Marriott图书馆在授权访问或数字租赁电子资源方面的探索[16]。

2.1.3 隐私保护问题研究

A. Rubel等从隐私保护的角度出发,对42份电子期刊许可协议内容进行分析,重点关注执行授权使用、用户数据收集、用户数据共享条款,发现了条款内容与隐私保护存在严重冲突,进而提出图书馆应确保数据收集、共享等相关合同条款对用户的透明性,确保隐私权相关条款规范化,以及通过多种方式减少与调查未经授权使用相关的隐私风险[17]。此外,图书馆联盟也在隐私保护这一条款上做出努力。国际图联(International Federation of Library Associations and Institutions, IFLA)修改数据保护政策来确保对个人数据的高度保护,其中明确了IFLA处理哪些个人数据,IFLA在何处处理个人数据以及确保数据主体拥有自己的个人数据,并提出了处理个人数据的九项原则[18]。

2.2 国内研究现状

2.2.1 许可协议核心条款研究

国内高校图书馆无论通过高校图书馆数字资源采购联盟(Digital Resource Acquisition Alliance of Chinese Academic Libraries, DRAA)还是自行单独购买数据库,与数据库商签订的许可协议一般包括术语定义、使用与限制、双方责任义务、合同转让与终止、担保和免责、其他一般条款等[19]。①在授权用户方面,图书馆应慎重审查协议中授权用户定义是否包括访客用户和已退休的教学科研人员[20]。②在许可使用方面,研究集中在馆际互借与文献传递[21]、永久访问与长期保存[22]、使用数据统计[23]等,揭示不同数据库许可协议对相关许可或限制使用的不同规定。③关于文献传递,有的数据库允许纸质文献传递,但不允许电子文献传递,比如Springer许可协议明确规定仅可以向接收方图书馆提供出版物的单份文件电子原件的单份复印件;有的数据库允许纸质和电子文献传递,但限制电子文献传递数量或要求电子文献传递必须通过安全方式进行,比如The Royal Society of Chemistry数据库许可协议明确许可客户以满足客户场所与其他图书馆的馆际互借供应请求,供应单份资料的纸质或电子副本或电子原件,资料可以通过邮寄、传真或安全传输方式提供。④关于永久访问,部分数据库允许在停订后无条件地

提供永久访问，个别数据库要求支付访问的平台费，更有甚者无法提供永久访问。⑤对长期保存的探讨，相关研究建议图书馆与数据库商通过协商取得综合运用本地保存、镜像保存和集团存档等形式，提高数据容灾能力；除单纯保存全文外，更进一步地争取获得深度利用文献数据，如参考文献和附属数据的深度链接等。⑥关于使用数据统计，基于图书馆对数字资源利用、科学评价和用户分析诉求的不断提升，数据库对使用数据统计标准的选择经历了从杂乱多元到逐渐统一的过程。我国高校图书馆数字资源采购联盟工作规范要求数据库商须向成员馆提供国际通用标准（COUNTER）的使用统计报告[24]。目前，数据库商普遍支持COUNTER 标准或 SUSHI 协议，向客户提供统计数据。此外，学者对禁止使用[25]、销售价格[26]、权责关系[19-20,25]等许可协议其他内容也进行了诸多讨论与思考。以上研究通过对协议条款文本的调研、内容梳理、归纳分类、对比研究，侧重介绍了不同数字资源许可协议对许可使用内容、限制使用内容、双方责任等协议内容的不同表述和立场，为图书馆引进数字资源提供了有益经验，但也存在一定局限性：研究缺少从图书馆使用数字资源过程中风险规避的核心视角、侵权案件的法律实践来审视许可协议高风险条款并提出修改建议。

2.2.2 许可协议法律适用研究

数字资源许可使用属于知识产权的授权许可使用，所有权属于资源提供方，而图书馆被许可在一定条件下以一定的方式使用数字资源，许可双方之间的权利与责任通过许可协议进行界定，具有法律约束力。有关法律适用，遵循当事人意思自治原则和密切联系原则，国内用户处理数字资源授权许可协议的法律适用问题应选择中国法律[27]。《高校图书馆数字资源采购联盟工作规范（2018 年修订）》四十三条规定：合同适用中国的相关法律并由中国法院管辖；合同中约定的仲裁机构应该是中国的仲裁机构[24]。我国现行法律中，与数字资源许可使用密切相关的是《著作权法》《信息网络传播权保护条例》两部法律，其规定了图书馆数字资源的合理使用并延伸至网络环境。张静主张开展图书馆学和法学的跨学科研究，提出图书馆在工作实务中可分割适用法律、慎用国际仲裁、优先选择中国法院管辖等[27-28]。有关著作权例外研究，集中在清晰界定著作权例外空间[29]、例外适用及风险应对[30-31]、大数据时代著作权例外制度的挑战与重构[32]等，图书馆界一直探索合理灵活利用例外规定拓展使用范围。

2.2.3 许可协议风险规避研究

有关许可协议法律风险，向佳丽认为须细化合同成立生效、违约责任、服务质量、争议解决等条款[33]，并进一步分析授权使用、许可人和被许可人责任、保证与免责、准据法与争议解决等许可协议相关条款，对潜在的法律风险进行了提示并提出应对策略[20]。有关侵权案件，王果等从著作权的视角对图书馆侵权案件的侵权行为、侵犯权利、抗辩理由、侵权责任等焦点问题进行统计分析，提出从完善立法和改进图书馆自身行为两方面防范和规避著作权侵权[34-36]。这些研究立足侵权案例，紧扣《著作权法》《信息网络传播权保护条例》，诉求完善立法以扩大数字资源合理使用范围、限制数据库商的合同权利，建议图书馆建立专门著作权清理部门、区分内容提供与服务提供等加强知识产权管理。遗憾的是，该研究未将数字资源许可协议条款内容融入案例、法律的思考探讨中。鉴于此，本研究将许可协议与司法案例结合起来，提出从司法实践视角甄别、剖析许可协议条款法律风险的新研究思路，并对高风险许可协议条款提出修改建议。

3 数据采集与数据分析

以图书馆数字资源侵权纠纷案件为研究对象，选择“中国裁判文书网”“无诉网”数据库，收集 2010 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日期间所有与图书馆著作权侵权纠纷有关的判决书。

3.1 检索方法与数据处理

在“中国裁判文书网”网站“高级检索”项下进行案例检索，案件名称关键词为“图书馆”，案由选择为“民事案由－知识产权与竞争纠纷－知识产权权属、侵权纠纷－著作权权属、侵权纠纷”，裁判日期为“2010 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日”，文书类型为“判决书”。为保证样本的全面性，在“无诉网”网站，以关键词为“图书馆”，案由为“著作权权属、侵权纠纷”，文书性质为“判决”，判决年份为“2010－2020 年”进行案例检索。

前述检索方法下，检索结果显示分别有 367 份、1987 份判决书，共计 2 354 份。逐一查阅判决书，对检索结果做以下调整：①剔除与图书馆侵权无关的案例，如判决书涉案作品内容中包含“图书馆”等。②涉及二审、再审的同一案件，合并为一个案件。③合并诉讼主体、诉讼请求、事实与理由基本相同，仅因不同作品、在不同时期分别起诉的案件，合并为一个案件。如原

告张海山诉被告广东省立中山图书馆等侵害作品著作权纠纷案，共有6个案件，此处合并为一个案件。④剔除人民法院认为不宜在互联网公布的案件，如济南谨言文化传媒有限公司诉北京市大兴区图书馆侵害作品信息网络传播权。调整后，最终得到判决书38份，以此作为研究对象。

3.2 图书馆侵权案件实证分析

3.2.1 证据收集

原告发现侵权行为，向法院提出诉讼请求并依法提交证据，其如何收集、整理侵权证据对图书馆防范侵权行为具有提醒意义。查阅判决文书发现，原告收集整理侵权证据的方式主要有：①在个人或办公电脑上登录图书馆网站，在相应检索页面中输入涉案作品名称，并记录网址或IP地址；②在被告图书馆电子阅览室内，通过阅览室电脑或局域网搜索涉案作品；③为保留证据，原告通常会对证据收集过程进行摄像、截图或到公证处进行公证；④如果被告图书馆未在收到起诉书后采取措施及时停止侵权行为，原告甚至会当庭演示登录图书馆网站、查阅涉案作品过程。

3.2.2 侵权主体

在侵权案件中，图书馆是作为单独被告方还是与开发者、使用者等作为共同被告方，可以反映案件中的侵权行为是由图书馆自身行为引起还是由数据库商或用户等行为引起。从表1可知，图书馆作为单独被告的案件数量为12个，其中5个案件中，虽然被告主体是某图书馆，但基本案情涉及更多的是该图书馆的藏书馆App云平台。图书馆作为共同被告的案件数量为25个，被原告要求承担连带责任的第三方涉及北京世纪超星信息技术有限公司、北京世纪读秀技术有限公司、重庆维普资讯有限公司等数字资源或相关服务提供方。由此可见，图书馆通过与第三方交易获取资源与服务的购买行为，比传统意义上图书馆因为自身不合理行为（比如未经著作权人许可，图书馆擅自在其网站上传播涉案作品，但作品并未通过与第三方交易获取，是图书馆自身行为）更容易卷入侵权纠纷。因此，在数字资源引进与许可使用中，图书馆识别许可协议中潜在的风险漏洞，了解现行法律对数字资源合理使用的支持空间，对维护自身权益与合理使用数字资源至关重要。

《著作权法》赋予了著作权人17项权利，如发表权、署名权等。在构成侵权的典型案例中（见表2），大部分为"侵害涉案作品的信息网络传播权"，其次是"著作权权属、侵权纠纷"（是侵害涉案作品信息网络传播权的上位类），北京三面向版权代理有限公司与深圳大学城图书馆等一案（序号1）则是"侵害涉案作品的复制权"。由此可见，图书馆在侵权案件中被判定侵害涉案作品的信息网络传播权较多，这也在司法实践方面映照了图书馆资源数字化建设的现实转型。在数字化环境下，图书馆因网络传播面临较多侵权风险。

表1 被告身份的数量统计

被告身份	案件数
图书馆为单独被告	12
图书馆与开发者、使用者等为共同被告	25
涉及图书馆但原告未将其列为被告	1

案件事由以事实和理由具体描述案件，分析案件事由中图书馆或其他被（原）告方的相关行为，厘清法院判定的侵权或不侵权行为，对图书馆在数字资源利用中维护自身权益、合理使用资源具有检视与借鉴意义。

3.2.3 侵权表现

（1）避免设置定向链接行为。链接是一种在信息已经被提供、已处于网络传播状态下为方便用户查询、获取的信息定位技术[37]。而定向链接是链接的一种特殊形式，属于预先设定条件抓取网络页面的爬虫技术，其链接结果具有特定性或者单一性，体现了网络服务提供者的主动性。因此，设置定向链接，侵权风险较高。北京三面向版权代理有限公司诉深圳大学城图书馆侵犯其涉案作品的复制权，詹启智诉深圳图书馆通过URL重写技术建立通道为涉案作品提供链接等案件，均判定图书馆建立定向链接通道，向不特定公众提供涉案作品，构成侵权行为。因此，图书馆在尽到合理注意义务能力的条件下，应尽量避免设置定向链接，减轻合理注意义务，确保使用避风港原则促进资源传播与共享，防患于未然。

（2）通过远程访问方式使用数据库内容。图书馆向数据库商购买电子数据库，且数字资源存储在数字资源提供商的服务器中，图书馆网站以远程访问的方式向注册用户提供免费服务。在此过程中，图书馆应注意两点：①数字资源存储位置。若数字资源存储在数字资源提供商服务中，图书馆则被视为采购方；若数字资源存储在图书馆本地服务器中，图书馆则被视为共建方而非采购方。②在远程访问过程中，网站域名是否跳转至数字资源提供方网站。北京君贤林文化传

表 2 典型案例侵权行为表现

序号	裁判文书号	事由	结果
1	(2018)粤 03 民终 6784－6787 号	读者证账号密码登陆"深圳文献港"网站，搜索查找到涉案作品，点击"邮箱接收全文"，定向链接至由新盘公司运营的"全国图书馆参考咨询服务平台"。参与该平台的图书馆找到全文后，将文献全文以电子邮件方式发送至留存的电子邮箱	行为人深圳大学城图书馆未经权利人许可，向不特定相关公众提供侵权作品复制件(邮件)，侵害涉案作品的复制权
2	(2018)京 0491 民初 1784 号	登录苏州图书馆网站账户后点击"读秀学术搜索"，网页由苏州图书馆的网站页面跳转至读秀网站页面，且在跳转至读秀网站后才能进行搜索并获取涉案图书内容	苏州图书馆提供读秀网站的链接服务，远程访问读秀网站，其并未上传、共享文件等，不存在侵权行为
3	(2016)京 73 民终 562 号	登录图书馆网站，点击"书生资源门户"，跳转至北京书生公司的网站页面，搜索并浏览涉案图书的完整内容	蕉城图书馆所提供的定向链接系其与书生公司事前商量所决定的，构成以分工合作方式实施的共同侵权行为，承担连带责任
4	(2019)京 73 民终 3341 号	在读秀网上搜索涉案图书并点击跳转至"全国参考咨询与文献传递网"，点击阅读邮件中有涉案图书的内容页，可将上述内容以 PDF 文件形式保存至本地	中山图书馆与读秀具有通过"文献传递"的方式共同提供作品的主观意思联络和客观合作行为，系信息网络传播权侵权行为
5	(2017)粤 03 民终 15421 号	深圳图书馆并通过 URL 重写技术建立了一个通道，使得深圳图书馆的读者可以输入 www. szlib. org. cn，进入深圳图书馆的页面，点击"数字资源""中华数字书苑"后的"馆外访问"，凭借读者借书证及密码登录"中华数字书苑"，并进而检索、在线阅读涉案作品	深圳图书馆为涉案作品提供链接，为相关读者提供获得涉案作品的路径通道，二者以分工合作方式共同向公众提供了涉案作品，共同侵犯信息网络传播权
6	(2020)京 73 民终 136 号	湖北省图书馆以远程访问超星公司服务器的方式使用数据库中的内容。涉案图书的提供入口从湖北图书馆网站进入，在该网站中整个检索获取涉案图书的过程中域名跳转至超星公司网站	湖北省图书馆不存在侵权行为
7	(2017)京 0108 民初 9289 号	登录重庆图书馆网站，点击"数字资源"－"远程访问系统"，输入用户名及密码，点击"超星电子书(包库)"，在页面搜索涉案图书并点击"网页阅读"浏览涉案图书内容	二被告具有共同提供涉案图书的主观意思联络，客观上也构成共同向网络用户提供涉案图书的在线阅读服务，构成侵权
8	(2016)津 01 民终 2143 号	天津大学作为 CALIS 的成员，在读者点击相关内容后自动跳转至 CALIS 平台，仅传输 CALIS 平台上的内容，并不进行选择、修改、编辑，对传输内容没有控制能力	如果 CALIS 的行为构成侵权，且天津大学对于侵权行为的发生具有过错，也仅因此承担间接侵权责任。在书生网络明确表示不起诉 CALIS 的情况下，天津大学不承担连带责任
9	(2018)京 0108 民初 11528 号	超星公司通过镜像技术将授权期限外的涉案作品完全复制到绵阳市图书馆本地服务器，系统实现电子图书的在线阅读或下载	绵阳市图书馆与超星公司共同实施了侵犯原告对涉案作品所享有的信息网络传播权的行为，构成共同侵权
10	(2014)朝民(知)初字第 37825 号	北京化工大学与畅想文源公司在化工大学涉案网站服务器中合意安装资源管理平台，未经许可在其涉案网站上传播了涉案影片，二者共同实施了通过信息网络传播涉案影片的行为	侵犯了涉案影片享有的信息网络传播权
11	(2019)京 0491 民初 8273 号	简帛图书馆提供信息存储空间的网络平台，将用户在其平台发布的作品进行了"租赁""借阅"，但却未采取任何技术防范措施，未尽到合理注意义务，未承担相应的审查义务	侵犯了著作权人享有的信息网络传播权
12	(2018)京 0108 民初 39286 号	国家图书馆、阿帕比公司未经著作权人许可，在国家图书馆网站的"阿帕比数字资源平台"中共同提供了涉案图书的下载服务，使不特定公众可以在其个人选定的时间和地点获得涉案图书	侵犯了著作权人享有的信息网络传播权
13	(2016)粤 0104 民初 513 号等系列案件	中山图书馆并没有商业性地使用原告享有著作权的字体，基于公共服务职能提供馆藏图书、报纸供社会公众复制的行为没有过错	中山图书馆不存在侵权行为
14	(2012)盐知民初字第 0318 号	滨海县图书馆在不知情情况下，基于公益职能收藏、对外借阅侵权图书，无主观故意	不构成侵权
15	(2015)京知民终字第 617 号	书生图书公司未经许可，将涉案作品数字化后销售给北京师范大学图书馆并上传至图书馆网站，供读者在线阅读、下载	北京师范大学图书馆侵犯了著作权人的著作权，承担连带赔偿责任
16	(2010)二中民终字第 11104 号	对外经济贸易大学自书生数字公司处购买了书生数字图书馆系统，主观上并无过错	对外经济贸易大学主观无过错，但应停止使用并删除侵权内容
17	(2016)赣 0191 民初 1168 号等案件	未经权利人同意和授权，在其网站向公众提供案涉作品的在线浏览、下载	侵犯了权利人享有的信息网络传播权，承担侵权责任
18	(2011)渝高法民终字第 6 号	西南大学未经权利人许可、未支付报酬，向其局域网用户提供了涉案作品。并未提供证据证明采取合理技术手段，将提供作品的范围限于课堂教学或者科学研究	行为不符合合理使用的相关规定，侵犯了著作权
19	(2011)渝高法民终字第 56 号	重庆邮电大学未经授权许可，未支付报酬，将超星公司提供的涉案作品在学校图书馆电子阅览系统通过网络提供给上网用户使用	邮电大学未证明其传播的涉案作品具有合法来源、且已经尽到合理注意义务，其行为不符合免责条件，侵犯了信息网络传播权

（续表2）

序号	裁判文书号	事由	结果
20	(2018)冀10民初247号、408号等案件	在其校园网站上提供涉案作品在内的维普知识资源系统，是基于其与公司签订技术合同、并支付合同对价的授权行为。通过点击该链接网址所访问的涉案作品并非存储在校园服务器内。且其并非知识资源系统的经营者或管理者，对系统提供的作品没有审查能力和义务	不构成侵权

媒公司诉苏州图书馆、读秀公司一案，中国社会科学出版社诉湖北省图书馆、超星公司一案，均是图书馆远程访问已购买的数字资源提供方网站，且在页面跳转至数字资源方网站后才能进行搜索并获取涉案图书内容，整个检索获取涉案图书的过程中域名跳转至数字资源方网站，图书馆本身未实施法律规定的上传到网络服务器、提供文件共享等行为，不构成侵权。北京优朋普乐科技有限公司诉北京化工大学、畅想文源公司，判定北京化工大学共同侵犯了涉案作品的信息网络传播权，原因就在于二者在北京化工大学涉案网站服务器中合意安装资源管理平台，北京化工大学是共建方而非单纯的采购方。因此，图书馆在远程访问已购买资源网站时，应注意资源存储位置以及域名跳转，避免信息直接向用户呈现[38]。

(3)区别合理使用与合法使用。《著作权法》《信息网络传播权保护条例》为图书馆合理使用数字资源设置了专项条款，如限制在数字资源须为学校课堂教学或者科学研究使用、向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品、为保存版本的需要以数字化形式复制作品等。但是在司法实践中，图书馆以合理使用抗辩免除责任需要提供证据证明其采用了将提供作品的范围限制内特定范围的相应技术措施，并证明其已经尽到合理注意义务等，这无疑增加了图书馆以合理使用作为抗辩理由成立的难度。如在北京三面向公司诉西南大学、北京书生公司一案，西南大学以合理使用条款抗辩，但判决认为西南大学未提供证据证明其采取了将提供作品的范围限制在课堂教学或者科学研究的技术措施和手段，构成侵权。同样，重庆邮电大学在另一案件中被认为其未证明所传播的涉案作品具有合法来源、且已尽到合理注意义务，构成侵权。而合法使用，则指图书馆通过合法途径获得出版物，虽然出版物侵犯了其他作品的著作权，但图书馆基于其公益职能收藏、外借图书，非商业用途，不构成侵权。中山图书馆在系列被诉案件中，收藏、外借含有侵权作品的期刊、报纸等，是由其职能所决定，没有实施侵权的主观故意或重大疏忽，符合合法使用，不构成侵权。

(4)通过镜像技术将电子数据库拷贝至本地服务器。图书馆通过镜像技术将数据库商提供的电子资源拷贝至本地服务器，形成"镜像站点"，向图书馆用户提供电子资源的在线阅读、下载服务等。此时，如果电子资源中存在侵权作品，则图书馆与数字资源提供商构成共同侵权，虽然图书馆与资源提供商签署合同约定责任，但合同系双方内部约定，不具有对抗第三方的法律效力。北京大学出版社诉绵阳市图书馆、超星公司一案，超星公司将涉案作品复制到绵阳市图书馆本地服务器，就被判决二者构成共同侵权。因此，图书馆对资源本地保存应加强资源的审查义务，并采取预防侵权的合理措施、尽到合理的注意义务。一旦出现侵权行为，图书馆应及时删除服务器中的涉案作品，即完成规定的"通知－删除"程序，且未从该行为中获得经济利益，则图书馆可不必承担赔偿责任。图书馆不得修改、更新、编辑数据库，"镜像站点"的上传、更新、维护均由供应商负责。

4 司法实践中许可协议高风险条款分析与修改建议

许可协议是图书馆"许可－使用"数字资源的法律依据。从上述案例事由出发，图书馆涉嫌侵权行为中的涉及网络链接包括建立定向链接通道或深度链接，以远程访问或文献传递方式为浏览或下载保存涉案作品提供便利或合作方式，数字资源的本地或镜像技术存储和共建等。涉及到的用户既包括授权读者、也包括不特定公众，而法院在审理时往往更加关注被告是否形成向不特定公众提供涉案作品以侵犯信息网络传播权，尤其是远程访问客户是否属于授权用户。授权用户、文献传递、资源保存等许可使用以及禁止修改、删节或以爬虫技术深度链接订阅产品等禁止使用内容是许可协议的重要条款，用司法案例中原被告抗辩理由与法院的判决依据观照和检视现有许可协议中的高风险条款，有针对性地提出修改建议，对图书馆引进与合理充分利用数字资源更具现实指导意义。

4.1 远程访问应扩大授权用户，减少深度链接

数字资源的访问包括本地镜像技术、远程访问等。

但通过镜像技术以本地“镜像站点”形式向图书馆用户提供服务加重了图书馆对数字资源的审查义务，一旦资源中含有侵权作品，图书馆难逃侵权责任。因此，远程访问是链接数字资源的安全选择。但是，现有数字资源许可协议普遍对授权用户有严格限制，如OUP(Oxford University Press)期刊协议规定授权用户为“①客户的当前学生、教职工、图书馆读者、员工或承包商；或②实际出现在客户处所以及场所的个人”，不仅在隶属关系而且在地理位置上限制授权使用者。现实中，数字环境下，高校图书馆在支持远程教育方面扮演了重要角色，为远程教育的学生提供数字资源的远程访问等服务已成为工作常态。如果许可协议里规定的授权用户仅包括本校的师生，即便包括“访客用户”，也将其限制在使用图书馆馆舍内计算机终端访问电子资源，那么图书馆在向远程教育的学生开放数据库访问权限时，侵权风险极大。在许可协议中，图书馆应积极与数据供应商谈判，争取适当扩大授权用户范围，获取适当的授权认证程序，将远程教育学生纳入授权用户中，以合理合法提供服务，避免侵权风险。因此，建议在授权用户条款中增加一点：③得到授权认证的远程教育学生。同时，使用远程访问方式或设置资源导航链接，图书馆要注意自身行为，区别一般链接与深度链接。根据《信息网络传播权保护条例》规定，一般链接属于网络技术服务，链接行为本身并不构成侵权，在收到侵权通知后及时断开链接也不承担赔偿责任。图书馆应避免未经著作权人许可将电子图书等链接到互联网，避免设置定向链接、深链接等越界服务功能，避免在侵权案件中被判定为涉案作品的传播提供通道，与数据提供方构成以分工合作方式实施共同侵权行为。

4.2　文献传递应争取电子纸质同传，遵守限制条件

不同数字资源许可协议对“馆际互借与文献传递”规定差异较大。如RSC(the Royal Society of Chemistry,RSC)数据库合同文本规定“许可客户传递单份资料的纸质或电子副本或电子原件以满足馆际互借请求。资料可以通过邮寄、传真或安全传输方式提供，以安全传输方式提供时，电子文件在打印完毕之后必须立即删除。“Emerald数据库合同文本规定”教学为目的，机构可以向本国图书馆内其他图书馆的单个授权用户通过邮寄、传真或其他安全传输方式(如使用Ariel或类似传输软件，此类传输软件传输的文件一经打印文件即被删除)提供授权资源中单篇文章或单片章节”。CNKI数据库合同文本在许可与服务合同中未设置条款对文献传递进行说明，而是在合同附件《不合理使用“中国知网”数据库的方式及违约责任》中列举“基于本合同约定数据库对本合同约定范围以外人员提供全文传递服务每天超过十篇”为甲方侵权及严重违约行为，等等。据统计，同时允许电子与纸质文献传递、允许纸质文献传递不允许电子文献传递、未对文献传递进行说明分别占比39.2%、32.1%、25%，而ASCE规定不允许馆际互借与文献传递[25]。因此，图书馆在引进许可协议时应借鉴现有权利，在条款中明确“许可客户传递授权资源的纸质或电子版本”，为合理使用资源争取较大服务空间。但同时，图书馆应认识到馆际互借与文献传递是一项规则性很强、限制性很多的服务形式，在文献传递目的、数量、方式以及文献传递后续处理等都有严格限制，图书馆在工作实务中应注意这些细节，避免“非主观故意但客观已构成”的违约行为。在文献传递后续处理方式上，许可协议通常要求接收方在打印文档后立即删除电子文献，但RSC还对特例进行说明：“电子文件在打印完毕之后必须立即删除，除非他/她是一位视障人士，明确该电子文献提供给他/她私人使用。”既满足了特殊用户的使用需求，又在协议中明确属于文献传递例外，较好规避了潜在违约行为，值得在其他协议中效仿。

4.3　长期保存应明确保存方式，争取深度利用

图书馆作为数字资源的利用者与建设者，有权要求获取订阅资源的数字存档权和长期访问权。许可协议中长期保存的基本形式主要有三种：本地存档、永久在线访问和第三方存档。RSC数据库合同文本规定“出版方应通过Portico、CLOCKSS或类似的第三方档案；或通过向客户提供相关期刊相关部分的电子副本，以便客户自行托管”。Emerald数据库合同文本规定“为长期保存、存档资源，出版社将期刊内容保存在Portico，以备出版社无法提供存档时允许机构及其授权用户能够继续使用该存档资源”。同时，以上两份许可协议也规定允许用户在订阅到期后对订阅期内的内容具有永久访问权。维普等数据库商则允许机构本地存档。图书馆在长期保存协议中应明确保存方式和永久访问权如何实现，同时也要注意：①协议谈判时，在线永久访问尽量争取对已出版内容的免费访问，对更新内容的访问可支付一定费用。②实际操作中，本地存档无论是通过镜像技术还是纸质存档，都不可对资源进行更新、修改、删减等，存档内容的上传、更新、维护均由供应商负责，规避自身“共建方”风险，避免出现绵阳市图书馆、北京化工大学图书馆作为共建方而

构成共同侵权的行为。除规避"共建方"风险外,图书馆因购买使用涉案资源在收到侵权通知后,应立即启动"通知－删除程序"。③合理注意上,无论是永久访问还是本地存档,图书馆对链接服务界限的把握、对本地存档内容的审查责任都有所加重,应正确评估访问/存储内容法律风险,通过签订技术合同、支付授权行为等取得合法授权,尽到合理注意义务,免除侵权责任。此外,学者不断呼吁应在对资源文本的长期保存基础上,积极争取支持参考文献链接和附属文献链接等深度利用文献的数据[19]。

5 总结与展望

本文以图书馆著作权权属、侵权纠纷案例为样本,分析图书馆在数字资源利用过程中容易出现的侵权行为:①突破一般链接范畴设置定向链接或深度链接;②远程访问域名未跳转呈现"直接向用户提供涉案作品";③以合理使用抗辩而未提供证据证明采取了相应措施、尽到合理注意义务;④将数字资源保存至本地服务器作为"共建方"与数字资源提供方构成共同侵权。从司法案例角度甄别数字资源许可协议高风险条款,在远程访问、馆际互借与文献传递、长期保存与永久访问等三个方面对高风险许可协议文本提出修改完善。但囿于限制,仍有以下有待进一步研究的问题:①图书馆在利用国外数据库时的侵权表现。案例中涉及数据提供方,如超星公司、维普、中华数字书苑等均为国内数字资源提供商,缺少国外数据库侵权案例。今后应参考国外有关数字资源侵权案件样本,以得出更为全面详细的研究结论。②从数字资源引进的历史进程与前瞻看数据库供需双方权益的冲突与协调。双方从自身利益和法律框架出发对协议条款谈判,矛盾点亦是双方或一方关注焦点,是"你我相互争夺"的重点条款。从纵向看协议内容发生了哪些变化,对了解许可协议的新近研究具有重要借鉴意义。但许可协议通常具有保密约定,笔者未能获取大量许可协议合同文本,纵向对比研究供需双方协调利益冲突受到限制。③国外数据库过度保护与限制使用的法律本质及其破解之道。图书馆在数字资源引进过程中作为使用方,处于弱势与被动地位,虽然成立了采购联盟并且在资源采购引进中发挥了积极作用,但仍未从根本上扭转图书馆的弱势地位。如何解构资源提供方限制使用、双方责任条款中过度保护的法律本质,从法律层面揭露其不合理之处,破解资源提供方"霸权"行为,值得进一步研究。

参考文献:

[1] 程文艳,孙坦,黄国彬. 电子资源许可协议典型研究项目的分析及其启示[J]. 情报资料工作,2008(5):47－50.
[2] LIBLICENSE. Welcome to the LIBLIICENSE Project[EB/OL]. [2021－03－12]. http://www.liblicense.crl.edu.
[3] 程文艳,孙坦,黄国彬. 电子资源许可协议模型研究[J]. 图书情报工作,2008,52(8):109－112,42.
[4] 唐琼. 国外数字资源许可协议模板研究[J]. 情报资料工作,2011(5):41－44.
[5] LIBLICENSE. Model licenses[EB/OL]. [2021－03－12]. http://www.liblicense.crl.edu/licensing-information/model-license/.
[6] CDL. Standard license agreement[EB/OL]. [2021－03－12]. http://www.cdlib.org/services/collections/licensed/toolkit/.
[7] 向佳丽,张静,周红. 国外图书馆数字资源许可政策新近发展研究[J]. 大学图书馆学报,2020(1):26－34.
[8] RODRIGUEZ M. Negotiating accessibility for electronic resources[J]. Serials review,2020,46(2):150－156.
[9] ZHANG M, ESCHENFELDER K. License analysis on e-journal perpetual access of library[J]. Journal of academic librarianship,2013,40(1):62－69.
[10] BULOCK C. Tracking perpetual access: a survey of librarian practices[J]. Serials review,2014,40(2):97－104.
[11] 陈英敏. 美国数字资源长期保存发展研究[J]. 情报探索,2017(6):79－85.
[12] 柴会明. 图书馆数字资源长期保存的目标、原则与策略——基于英美德澳4国国家图书馆数字保存战略的分析[J]. 图书馆学研究,2020(14):57－62,75.
[13] MANGIARACINA S, RUSSO O, TUGNOLI A. To each his own: how to provide a library user with an article respecting licence agreements[J]. Interlending & document supply,2015,43(4):199－206.
[14] MURPHY J A. Ebook sharing models in academic libraries[J]. Serials review,2019,45(3):176－183.
[15] KLUZEK M. A practical guide to e-journal and e-book supply - a UK perspective[J]. Interlending & document supply,2014,42(1):13－15.
[16] MOWER A. Opportunities for eTextbook innovations and partnerships: a case study of the Marriott Library at the University of Utah[J]. Learned publishing,2021(34):30－34.
[17] RUBEL A, ZHANG M. Four facts of privacy and intellectual freedom in licensing contracts for electronic journals[J]. College & research libraries,2015,76(4):427－449.
[18] IFLA. IFLA data protection policy[EB/OL]. [2021－06－05]. https://www.ifla.org/data-protection-policy/full-text.
[19] 吴高,杨颖. 国外重要数字资源许可协议条款比较研究[J]. 图书馆,2015(6):71－76.
[20] 向佳丽,庄玉友. 电子资源许可协议核心条款的分析与风险应对[J]. 图书情报工作,2016(16):73－78, 85.

[21] 胡芳,钟永恒. 电子资源许可协议对文献传递服务的影响及应对策略[J]. 图书馆杂志,2007(11):27－29,5.
[22] 朱如龙. 高校图书馆数字资源长期保存的著作权问题研究[J]. 图书情报工作,2019,63(7):23－29.
[23] 赵保颖,范雪. 国内外数字资源统计标准比较分析[J]. 图书与情报,2010(6):39－43,85.
[24] 高校图书馆数字资源采购联盟. 高校图书馆数字资源采购联盟工作规范(2018 年修订)[EB/OL]. [2021－03－23]. http://www.libconsortia.edu.cn/Spage/view.action?pagecode=glgf_2.
[25] 李佳,张静,邵晶. 基于 DRAA 集团采购的数字资源许可协议内容调查与认知度研究[J]. 大学图书馆学报,2019(3):28－34.
[26] 王洪华. 高校集团订购协议的文本解析[J]. 图书情报工作,2014,58(22):28－32,47.
[27] 张静. 国外电子资源授权许可协议法律适用问题研究[J]. 图书情报工作,2014,58(18):36－40.
[28] 张静. 数字资源国际许可使用的法律问题研究[J]. 现代情报,2017(4):9－12,26.
[29] 黄国彬. 数字环境下图书馆享有的著作权例外空间研究[J]. 图书馆理论与实践,2008(6):4－7.
[30] 刘颖娜. 我国图书馆著作权例外适用及风险应对研究[J]. 图书馆工作与研究,2015(8):43－45.
[31] 刘颖娜. 我国图书馆信息网络传播权例外适用及著作权风险应对策略[J]. 图书馆理论与实践,2016(2):20－22,84.
[32] 李秋容. 大数据时代图书馆著作权例外制度的挑战与重构[J]. 图书馆工作与研究,2019(7):10－14,49.
[33] 向佳丽. 图书馆数据库订购合同的法律风险防范[J]. 图书馆杂志,2016(1):57－61,83.
[34] 王果,张立彬. 网络时代图书馆著作权侵权案件的案例分析与法律思考[J]. 图书情报工作,2019,63(8):29－37.
[35] 王果,张立彬. 挑战、困境与化解:数字环境下我国图书馆合理使用条款及其适用的再探讨[J]. 图书情报工作,2019,63(10):5－11.
[36] 王果,张立彬. 面向发展的图书馆著作权侵权诉讼趋势及其风险规避策略研究[J]. 情报科学,2020(3):87－92.
[37] 高翡. 定向链接服务提供者侵权的认定[J]. 人民司法,2019(9):84－86.
[38] 张惠彬,王欣怡. 如何判定侵害信息网络传播权的行为?——基于“服务器标准”和“用户感知标准”的比较[J]. 新闻界,2018(11):42－47.

作者贡献说明：
谷文浩:负责数据调研与论文撰写;
李红钢:指导论文写作、提出修改意见;
张立彬:指导选题,负责体系架构、通稿定稿。

Risk Analysis and Modification Suggestions of Digital Resource License Agreement Terms from the Perspective of Judicial Practice

Gu Wenhao　Li Honggang　Zhang Libin
Nankai University Library, Tianjin 300350

Abstract: [**Purpose/significance**] Digital resources have gradually become the leading role in the construction of document resources in academic libraries. It is essential to identify high-risk clauses in the license agreements of digital resources from the perspective of judicial practice and to propose amendments to the introduction and use of digital resources. [**Method/process**] By using case analysis, we sorted out typical verdicts from China Judicial Document Website and Non-Litigation Website, examined potential infringements of libraries, such as remote access without domain jump, directional links, do not conform to the reasonable use, copy digital resource to the local server through mirror technology, and identified high-risk clauses related to these infringements. [**Result/conclusion**] Suggestions are put forward for modification of high-risk agreement clauses from the perspective of judicial practice: for remote access, authorized users should be expanded and deep links should be reduced; literature transmission should strive for electronic paper simultaneous transmission, and abide by the restrictions; long-term preservation should be clear preservation mode, and strive for deep utilization.

Keywords: digital resources　import contract　tort acts　license agreement　high risk clause